Open Access

Questions juridiques et meilleures pratiques

Michel Jaccard

1er septembre 2009

L’open access… ?

- Accès libre par opposition à…
  - Accès restreint… ?
  - Accès payant… ?
  - Accès contrôlé… ?
- Nécessité de comprendre l’historique, le contexte et les enjeux avant de s’attacher aux questions juridiques précises.
- En général, référence à la déclaration de Berlin (2003, avec une conférence de suivi chaque année) pour les définitions.
- Attention: il n’existe pas de définition « légale ». Une œuvre peut être considérée comme « d’accès libre » même si les principes de la déclaration de Berlin ne sont pas entièrement respectés…

L’open access… ?

- Les contributions au libre accès doivent satisfaire **deux conditions** :
  - 1. Leurs auteurs et les titulaires des droits afférents concèdent à tous les utilisateurs un **droit gratuit, irrévocable et mondial d’accéder** à l'oeuvre en question, ainsi qu’une **licence les autorisant à la copier, l'utiliser, la distribuer, la transmettre et la montrer en public**, et de réaliser et de diffuser des **oeuvres dérivées**, sur quelque support numérique que ce soit et **dans quelque but responsable que ce soit**, sous réserve de **mentionner comme il se doit son auteur** (les règles usuelles de la collectivité continueront à disposer des modalités d'attribution légitime à l'auteur et d 'utilisation responsable de l'oeuvre publiée, comme à présent), tout comme le **droit d'en faire des copies imprimées en petit nombre pour un usage personnel**.

L’open access… ?

- Les contributions au libre accès doivent satisfaire deux conditions :
  - 2. Une **version complète** de cette oeuvre, ainsi que de tous ses documents annexes, y compris une copie de la permission définie dans ce qui précède, est **déposée** (et, de fait, publiée) sous un format électronique approprié auprès d'**au moins une archive en ligne**, utilisant les normes techniques appropriées (comme les définitions des Archives Ouvertes [*Open Archives]), archive gérée et entretenue par une institution* académique, une société savante, une administration publique, ou un organisme établi ayant pour but d'assurer le libre accès, la distribution non restrictive, l'interopérabilité et l'archivage à long terme.

L’open access… ?

- La formulation de la définition révèle une consonance juridique et technique très prononcée.
- Or, l’origine de l’*open access* – tout comme ses facteurs de développement – ne sont pas principalement basés sur des considérations juridiques ou techniques.
- Le véritable fondement de l’apparition de l’*open access* est à rechercher dans les dysfonctionnements économiques du marché de la publication scientifique.
  - *Du côté des auteurs*: les auteurs scientifiques veulent et doivent publier, sans relâche. Question de prestige certes, mais aussi importance grandissante dans une carrière académique. Or, cycle de publication traditionnel trop long et incertain.
  - *Du côté des éditeurs*: avec la baisse régulière du nombre des abonnements, le maintien d’une offre diversifiée de publications n’est plus viable au plan économique. Des revues cessent de paraître, ou à un rythme réduit et en plus petit nombre d’exemplaires, et donc avec un coût d’abonnement généalement plus élevé.
  - *Du côté des bibliothèques*: les coupes budgétaires imposées obligent à sélectionner les abonnements, ce qui aggrave encore la situation des éditeurs.

L’open access… ?

- Il existe d’autres raisons, moins souvent invoquées.
- Evolution profonde de l’accès et de l’utilisation de l’information.
  - Les cartes sont redistribuées et les rôles / statuts traditionnels entre auteur, éditeur, imprimeur, distributeur, lecteur disparaissent:
    - Les lecteurs publient;
    - Les distributeurs revêtent une importance considérable (amazon, fnac);
    - Les bibliothèques font face à une concurrence importante de « nouveaux éditeurs » / « imprimeurs ». Bases de données d’index ou bases de données d’œuvres complètes ? Google Books, la plus grande bibliothèque scientifique ?
- Véritable souci de promouvoir l’accès libre et universel d’un savoir dont la qualité augmente il est partagé (mouvement *open source*, *scientific commons*).
- Frustration grandissante des auteurs par rapport au pouvoir des éditeurs, qui s’accaparent tous les droits par contrat et créent ainsi un grave déséquilibre.

Formulation de la problématique et de la démarche juridiques

- A quelles conditions une œuvre scientifique peut-elle être mise à disposition en ligne en accès libre, consultée, imprimée, reproduite, voire modifiée ?
- Principes de base:
  - Un texte (artistique, scientifique) est protégé par la loi comme œuvre de l'esprit (droit d'auteur).

    Par oeuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel (art. 2 al. 1er LDA)

  - Les droits en jeu: publication, diffusion, reproduction, modification, … sont des prérogatives (droits exclusifs) qui appartiennent à l'auteur.
    - En Suisse, pas forcément besoin de détailler les droits en cause.
    - Rappel: pas de restriction à l'utilisation libre des œuvres tombées dans le domaine public, ie 70 ans après le décès de l'auteur.
  - L'auteur doit donc être identifié comme première démarche, car c'est à lui qu'appartient le droit de décider de l'usage possible de l'œuvre.

Formulation de la problématique et de la démarche juridiques

- Principes de base:
  - Les droits en jeu: publication, diffusion, reproduction, modification, … sont des prérogatives (droits exclusifs) qui appartiennent à l'auteur.
    - En Suisse, pas forcément besoin de détailler les droits en cause.

L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son oeuvre sera utilisée (art. 10 al. 1er LDA)

    - Exemples de droits exclusifs:

Il a en particulier le droit: (art. 10 al. 2 LDA)

  - L'auteur doit donc être identifié comme première démarche, car c'est à lui qu'appartient le droit de décider de l'usage possible de l'œuvre.
  - Rappel: pas de restriction à l'utilisation libre des œuvres tombées dans le domaine public, ie 70 ans après le décès de l'auteur.

Etape 1: Identification de l'auteur

Par auteur, on entend la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA)

- L'identification correcte de l'auteur peut déjà poser problème:
  - Auteur employé : analyse du contrat de travail / règlement
    - Doctorant ? Chercheur ?
    - Professeur publiant les résultats d'une recherche financée par un tiers ?
  - Œuvre collaborative: qualité de co-auteurs

[1] Lorsque plusieurs personnes ont concouru en qualité d'auteurs à la création d'une oeuvre, le droit d'auteur leur appartient en commun.

[2] Sauf convention contraire, les coauteurs ne peuvent utiliser l'oeuvre que d'un commun accord; aucun d'eux ne peut refuser son accord pour des motifs contraires aux règles de la bonne foi. (art. 7 LDA)

Etape 2: Identification de l'ayant droit

- L'auteur peut (et souvent doit) céder ses droits, en tout ou partie (art. 16 LDA)
- Types de « cession » (contrat)
  - Distinction entre cession du droit (transfert) et cession de l'usage (licence)
    - La cession est irrévocable et complète, la seule limite étant le respect des droits moraux
    - L'octroi d'une licence (droit d'usage) permet un véritable panachage, avec maintien de certains droits auprès de l'auteur.
    - Mélange: cession des droits, mais droit de l'auteur de publier une copie .pdf, dès 6 mois après publication, sur site web « personnel ».
- En faveur de qui la cession / l'octroi d'une licence intervient-il ?
  - Cession « involontaire » (de par la loi) à l'employeur, aux héritiers, au repreneur.
  - *[Licence « involontaire » à Google du droit de reproduction ?]*
  - Cession « négociée » des droits à l'éditeur (présomption légale dans contrat d'édition, **cf. art. 380 ss CO**)
  - Licence « volontaire » en faveur de l'institut de recherche, de financement, d'un *repository*.

Etape 3: Le choix du mode de publication

- Dans le domaine de l'*open access*, distinction entre « voie dorée » et « voie verte »:
  - La voie dorée peut être empruntée par l'auteur/ayant-droit uniquement avant la publication de l'œuvre en accès restreint ou en tout cas la cession des droits à un éditeur.
    - L'ayant droit place son œuvre directement en accès ouvert, en la publiant dans un journal électronique respectant (entièrement ou non) les principes de l'*open access (et pas forcément ceux de la déclaration de Berlin)*.
    - Plus de 4300 journaux sont recensés, avec des pratiques différentes [www.doaj.org].
  - La voie verte vise la mise à disposition en libre accès d'une œuvre déjà publiée (en ligne ou non, mais non pas en format *open access*).
    - Google Books ?
- Dans les deux cas de figure, des contrats doivent être négociés / conclus.

Etape 4: la négociation d'un contrat (voie dorée)

- Plusieurs options:
  - L'auteur **transfère** l'ensemble de ses droits à la maison d'édition, qui choisit de publier en OA ou propose cette solution aux auteurs: transposition du « modèle traditionnel » avec cession des droits par opposition à une licence d'utilisation… (principes de l'OA sont formellement respectés, mais l'auteur est toujours affaibli par rapport au distributeur / éditeur)
  - L'auteur **conserve** les droits sur l'œuvre et octroie des licences spécifiques…

Le choix de la licence

- Licence non exclusive de publication, diffusion, reproduction
  - avec attribution de la paternité de l'œuvre à l'auteur
  - avec ou sans droit d'utilisation commerciale
  - avec ou sans droit de modification, le cas échéant limité aux mêmes conditions
- Licence exclusive mais limitée à l'utilisation commerciale et / ou pour une certaine durée
- La licence peut être négociée individuellement par l'auteur, imposée par l'employeur (Harvard / MIT) ou le sponsor (FNRS / Wellcome Trust) ou Google...
- Utilité de standardiser les licences…

Exemple : Creative Commons

- Organisation privée fondée en 2001
- Transpose le principe des logiciels libres à la distribution d'oeuvres en format numérique
- Met à disposition une **série** de licences « clés en main »

- Version 3.0 (23 février 2007)

Exemple : Creative Commons

Droit d'utilisation sur l’œuvre (art. 3)

- Concédé à titre gratuit et non exclusif
- Illimité dans le temps (pendant la durée légale de protection)
- Droit de copier, distribuer, communiquer mais également d'intégrer l'œuvre dans un recueil et de publier des œuvres dérivées / adaptations avec mention des modifications.

Exemple : Creative Commons

Restrictions (art. 4)

- Obligation d’attribuer la **paternité** de l’œuvre
  - Indique que l’auteur fait usage de son droit de se faire connaître en cette qualité
  - Nom de l’auteur, titre de l’oeuvre
  - N’impose pas de citer la revue dans laquelle la première version de l’article a été publiée
  - En cas d’œuvre dérivée, élément identifiant l’utilisation de l’œuvre (ex. traduction française de l’œuvre originale)

Exemple : Creative Commons

- Le cas échéant, interdiction de modifier l'œuvre (ie de créer une œuvre dérivée)
  - Ne joue qu'un rôle mineur en matière de publication scientifique
  - Formellement, ne correspond pas à la déclaration de Berlin…
- …ou permission pour autant que l'œuvre dérivée soit sujette aux mêmes conditions (« share-alike »)
- Interdiction de mesures techniques qui restreignent l'accès…

Exemple : Creative Commons

- Interdiction d’une utilisation commerciale
  - Interdiction d’exercer les droits conférés avec l'intention ou l'objectif d'obtenir un profit commercial ou une compensation financière personnelle
  - Distinction entre utilisation commerciale et utilisation académique n’est pas toujours aisée (notamment dans le cadre de projets de recherche…)
  - File-sharing (sans compensation financière) n’est pas une utilisation commerciale

Exemple : Creative Commons

- Interprétation problématique de l’utilisation non commerciale…
  - Etude approfondie de CC en 2008: rapport intermédiaire en mai 2009 pour chercher à améliorer la définition…
  - Questionnaire pour créateurs et utilisateurs… uniquement en anglais et pour les Américains…
  - [A compléter]

Exemple : Creative Commons

- Résultats:
  - « Creators are male, female, young and old »…
  - La plupart des auteurs ne sont pas familiers avec les principes de l'open source
  - Les œuvres sont avant tout des photos (78%), puis des textes (42%).
  - Partage des œuvres par email et réseaux sociaux; seulement environ 25% d'œuvres « déposées » sur un site et 12% p2p.
  - Le plus grand danger: exploitation financière de l'œuvre sans partage des gains.
  - 86% des oeuvres ne produisent aucun revenu (seules œuvres à créer des revenus: jeux, chansons, musiques par professionnels).

Exemple de licence standardisée: Creative Commons

Autres conditions

- Mise à disposition de la licence elle-même
- Interdiction des sous-licences
  - Tout utilisateur acquiert son droit d'utiliser l'oeuvre directement de l'auteur original, même si l'exemplaire qu'il a copié se trouve sur le serveur d'un autre preneur de licence. Pas de licences en chaîne.
- Extinction de la licence en cas de violation (valable en droit suisse)
- Limitation de responsabilité (peu d'application en droit suisse)
  - Le donneur de licence ne répond du dommage dérivant de la licence qu'en cas de faute grave ou de négligence
  - Régime en principe admissible, l'octroi d'une licence CC étant assimilable à une donation (art. 248 CO)

Exemple : Creative Commons

- Résultats:
  - Ceux qui gagnent de l’argent gagnent en général moins de 500 dollars par an... (13% plus de 25’000 dollars, videos, jeux, pas textes).
  - Seul 1 auteur sur 5 a par ailleurs protégé ses œuvres par le biais de « copyright » traditionnel.
  - Utilisation marginale des licences standards / rédaction professionnelle (20%)

Exemple de licence standardisée: Creative Commons

Appréciation / Meilleures pratiques pour la voie dorée…

CC NC comme base, mais pas forcément comme résultat.

Souci de la gratuité.

Souci des sociétés de gestion… cf plus bas.

Etape 4: la négociation d’un contrat (voie verte)

- Rappel: mise à disposition en libre accès d’une œuvre déjà publiée (en ligne ou non, mais non pas en format OA)
- Question de la répartition contractuelle des droits de reproduction et de publication

Etape 4: la négociation d'un contrat (voie verte)

- Quelles que soient les conditions du contrat passé antérieurement entre la maison d'édition et l'auteur d'un article, ce dernier se réserve le droit
  - (i) d'utiliser son œuvre à des fins non commerciales
  - (ii) de modifier son œuvre
  - (iii) d'autoriser des tiers à d'utiliser son œuvre, dans la mesure où la paternité lui en est attribuée et le journal dans lequel l'article a été publié en premier lieu est cité en tant que source
  - (iv) d'utiliser son œuvre dans le cadre d'un enseignement, de l'archiver dans un dépôt personnel ou institutionnel

Etape 4: la négociation d'un contrat (voie verte)

- Problème: interprétation d'accords « anciens »… silence des contrats.
  - Exercice délicat…
- Modèles d'avenant à un contrat d'édition existent:
  - Science Commons Addendum
  - SPARC Author Addendum
- Auto-archivage ou dépôt institutionnel (ZORA, RERO DOC) auprès d'entités au bénéfice des autorisations nécessaires (en particulier, droits de conversion en formats d'archivage).
- **[A compléter]**

Etape 5: A défaut d’accord…

- Pour toute situation où l’auteur a cédé ses droits et ne peut obtenir un accord (aussi dans le cas où impossible de « retrouver » le cessionnaire, p ex maison d’édition ayant fait faillite), … pas de publication en OA possible car violation de la loi sur le droit d’auteur…
- … A moins d’une exception légale:
  - Usage personnel (art. 19) – non, puisque mise à disposition en ligne pour tous.
  - Usage scientifique (art. 19) – limité, cf. PG.
  - Devoir d’archivage et de préservation ? Art. 24… non.

Le problème de l’open access et des sociétés de gestion

- Sociétés de gestion:
  - Entreprises privées gérant collectivement les droits d’auteur (SUISA, Pro Litteris, SSA, SWISSIMAGE, SWISSPERFORM)
  - Prélèvent notamment les redevances découlant des licences légales pour usage privé (p. ex. photocopieuses, réseaux intranet) en vertu d’un monopole légal
  - Répartissent le produit de ces prélèvements entre les auteurs affiliés
  - Etablissent des tarifs pour les divers types d’utilisation (ex. numérisation et mise en ligne d’une œuvre est réglée par le tarif multimédia)

Le problème de l’open access et des sociétés de gestion

- Problème de compatibilité avec CC 2.0; prise en compte dans CC 3.0
- « En Suisse, cependant, les titulaires de droits ayant adhéré à une société de gestion ne peuvent pas placer leurs œuvres sous contrat CC, car ils ont déjà cédé la gestion de leurs droits. »
- Position de la Suisa – et du site « officiel » dédié à la révision de la loi fédérale sur le droit d’auteur…

Le problème de l'open access et des sociétés de gestion

- **Œuvres littéraires et scientifiques – Pro Litteris**
- Une licence Creative Commons n'est pas enfreinte par l'affiliation subséquente de l'auteur à Pro Litteris
- Droits accordés préalablement au preneur de licence (ex. exploitant de l'archive) ne sont pas touchés
- Pro Litteris accepte que certaines œuvres soient exclues du contrat de gestion collective
- Obligation d'informer Pro Litteris des droits préexistants (dénuée toutefois de sanctions en cas de violation)

  Mais: L'œuvre rendue gratuitement accessible sur Internet ne participe pas à la répartition du produit des redevances pour reprographie (application par analogie du régime applicable aux « journaux gratuits »)

Recommandations

- **Auteurs**
  - Sensibilisation aux problématiques liées au droit d'auteur – et à la nécessité de ne pas céder systématiquement ses droits (ou d'octroyer une licence exclusive) à l'éditeur… quitte à payer soi-même pour être publié
  - Adoption généralisée de licences standardisées adaptées au domaine académique et adaptées en fonction de la juridiction concernée

Recommandations

- **Acteurs institutionnels (Universités / Bibliothèques)**
  - Développement d’archives institutionnelles
  - Subordination de l’octroi de fonds à l’obligation de rendre le résultat des recherches librement accessible … ce qui est contraire à l’idée de valoriser la PI au mieux (problématique similaire à l’Open source)…
  - Assistance aux chercheurs dans le cadre de leur négociation avec les maisons d’édition privées (sur le modèle des offices de transfert de technologie)
  - Etablissement de politiques internes claires sur la question

Recommandations

- **Editeurs**
  - **Négociation de droits exclusifs uniquement quant à l'utilisation commerciale de l'œuvre**
  - **Traitement des utilisations pédagogiques et à des fins de recherche selon le principe du libre accès**
  - **Transparence de la politique appliquée en matière de publication OA**
  - **Simulation économique de modèles de revenus basés sur l'OA – coexistence de modèles (ex. Springer)**
- **Repositories**
  - **Analyse précise de la responsabilité pour hébergement de contenu de tiers.**
  - **Mise en place de modèles de revenus accessoires et de services à valeur ajoutée (édition, recherche)**

- Questions ?

Michel Jaccard michel.jaccard@idest.pro